

O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE NOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF PROPERTY IN CONDOMINIUMS IN TIMES OF PANDEMIC

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira¹

Carlos Eduardo Montes Netto²

RESUMO

A pandemia desencadeada pelo novo coronavírus provocou a adoção de várias medidas sanitárias, inclusive nos condomínios edilícios, afetando o direito fundamental de propriedade dos condôminos. Neste sentido, o presente artigo tem por objeto a análise da possibilidade de limitação do direito fundamental de propriedade dos condôminos, justificando-se diante da sua atualidade e relevância. Visando alcançar esse propósito, decompôs-se a pesquisa em três estágios, quais sejam: a análise do direito fundamental de propriedade; a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, sob a ótica da proporcionalidade; e as possíveis limitações ao direito fundamental de propriedade nos condomínios edilícios em tempos de pandemia. Utilizando-se do método dedutivo de pesquisa, pretendeu-se elaborar um estudo contemplando uma análise teórica e a apreciação de casos decididos recentemente pelos tribunais brasileiros, considerando, ao final, que qualquer restrição ao direito de propriedade dos condôminos, mesmo durante a crise provocada pelo vírus COVID-19, deve ser adequada, necessária e observar a proporcionalidade em sentido estrito, evitando-se subjetivismos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Propriedade. Pandemia. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The pandemic caused by the new coronavirus led to the adoption of several sanitary measures, including in condominiums, affecting the fundamental property right. In this sense, the purpose of this article is to analyze the possibility of limiting the fundamental right of property, justifying themselves in view of its relevance. In order to achieve this purpose, the research was divided into three stages, namely: the analysis of the fundamental right of property; the possibility of restricting fundamental rights, from the perspective of

¹ Professor Titular do Programa de Pós-Graduação da UNAERP Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo. Membro da Comissão Especial de Arbitragem do Conselho Federal da OAB. Membro de listas referenciais de árbitros. Sócio da CAMES. Email: olavoferreira@hotmail.com

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Professor de cursos de graduação da UNAERP e UNIP. Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Email: carlosmontes3@hotmail.com

proportionality; and the possible limitations to the fundamental property right in condominiums in times of pandemic. Using the deductive research method, it was intended to prepare a study including a theoretical analysis and the appreciation of cases recently decided by the Brazilian courts, considering, in the end, that any restriction on the property rights, even during the crisis caused by the COVID-19 virus, it must be adequate, necessary and observe proportionality in the strict sense, avoiding subjectivisms.

Keywords: Fundamental Rights. Property. Pandemic. Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos meses, o mundo tem enfrentado os efeitos da pandemia provocada pelo novo coronavírus, com milhões de infectados e milhares de mortes, evidenciando a necessidade do isolamento social, da paralisação de grande parte das atividades industriais e do comércio, além da adoção de cuidados e medidas sanitárias.

A efetivação das medidas que se fazem necessárias no atual momento, por sua vez, é complexa, inclusive no ambiente doméstico, considerando que nas grandes e médias cidades brasileiras, nos últimos tempos, por uma questão de conforto e comodidade e, em alguns casos, para fugir da violência urbana, muitas pessoas optaram por deixar suas casas e passaram a viver nos denominados condomínios edilícios formados por casas (condomínios horizontais) ou apartamentos (condomínios verticais).

Nesse tipo de empreendimento imobiliário, a pessoa tem direito ao uso exclusivo da sua unidade individual e ao uso compartilhado das áreas coletivas, como parques infantis, quadras esportivas, piscinas, academias, dentre outras, surgindo muitas dúvidas com relação à possibilidade de limitação do direito fundamental de propriedade dos condôminos, diante da necessidade da adoção de medidas de prevenção e combate ao vírus COVID-19.

Trata-se de um tema atual com inúmeras implicações teóricas e práticas, emergindo a necessidade de analisar se é possível e em qual extensão pode ser limitado o direito de propriedade dos condôminos, sob a ótica da proporcionalidade, que serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Utilizando-se do método dedutivo de pesquisa, pretendeu-se elaborar um estudo contemplando uma abordagem teórica e a apreciação de casos recentes decididos pelos tribunais brasileiros.

2 DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE

O termo “direitos fundamentais” é aplicado aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. A expressão “direitos humanos”, por sua vez, possui relação com os documentos de direito internacional, independentemente de vinculação com determinada ordem constitucional (SARLET, 2009, p. 29).

Miranda (2018, p. 13) observa que a expressão “direitos fundamentais”, apesar de conhecida no século XIX, somente foi consagrada na Constituição de Weimar, de 1919, generalizando-se depois em textos constitucionais como o português de 1976, o brasileiro de 1988 e o angolano de 2010, além da doutrina e jurisprudência.

O mesmo autor (MIRANDA, 2018, p. 15) leciona que somente haverá direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade, contrapõem-se, condicionando-se e interferindo uma com a outra.

No tocante ao direito fundamental de propriedade, Venosa (2003, p. 151) observa que cada povo e cada momento histórico revelam um conceito e uma abrangência própria do direito de propriedade, tendo o seu conteúdo sofrido inúmeras influências da organização política no curso da história, até atingir a concepção moderna de propriedade privada.

Antes do direito romano, as sociedades primitivas apenas reconheciam a propriedade de coisas móveis, permanecendo o solo vinculado à coletividade, pertencendo a todos os membros da tribo e da família, sem que uma determinada pessoa exercesse a senhoria (VENOSA, 2003, p. 152).

No direito romano, não é muito claro o momento em que surgiu a primeira forma de propriedade territorial, somente na época clássica houve a admissão do uso abusivo do direito de propriedade e a sua sanção, passando o *Digesto* a reconhecer direitos de vizinhança, mas com a preponderação do elemento individual (VENOSA, 2003, p. 152).

Durante a Idade Média, a propriedade perdeu o seu caráter “unitário e exclusivista”, diante das diversas culturas bárbaras, com a modificação dos conceitos jurídicos, passando o território a significar poder, ligando-se a propriedade à ideia de soberania (VENOSA, 2003, p. 153).

Conforme se observa, a proteção ao direito de propriedade é antiga e foi objeto de preocupação de vários documentos históricos que buscaram limitar o poder dos soberanos contra abusos. Nessa perspectiva, Comparato (2010, p. 94) anota que na Magna Carta, assinada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, a garantia do respeito à propriedade

privada contra confiscos ou requisições abusivas do soberano ou dos seus oficiais foi prevista nas cláusulas 30 e 31.

Comparato (2010, p. 164) destaca que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 atendeu rigorosamente duas das preocupações máximas da burguesia, quais sejam, a garantia da propriedade privada contra expropriações abusivas (artigo 17) e a observância da estrita legalidade na criação e na cobrança de tributos (artigos 13 e 14), tendo sido consagrado o “caráter sagrado da propriedade”. O autor aponta que a propriedade greco-romana era considerada sagrada por sua íntima ligação com a religião doméstica, representando a casa da família uma “sede do deus lar”, com a destinação do terreno adjacente às sepulturas dos membros da *gens* e a sacralidade desses bens era marcada pela sua “fixidez e imobilidade” afastada do “caráter desprezível das coisas mobiliárias” (COMPARATO, 2010, p. 164).

O Código de Napoleão trouxe uma concepção totalmente individualista de propriedade, consignando no seu artigo 544 que “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos” (VENOSA, 2003, p. 153). Esse apego ao individualismo perdeu força no século XIX com o implemento da revolução industrial e com o desenvolvimento das doutrinas socializantes, passando a ser analisado o sentido social da propriedade (VENOSA, 2003, p. 153).

A Constituição Federal (CF/88) (BRASIL, [1988]), garante no seu artigo 5º, XXII “o direito de propriedade” e estabelece no inciso XXIII, do mesmo artigo, que a propriedade atenderá à sua “função social”.

Nazaré (2016, p. 34) afirma que a constitucionalização do direito privado pode ser atribuída ao movimento denominado neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma da teoria jurídica, com rupturas profundas na hermenêutica e aplicação do direito no Brasil, sob a influência da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que forneceu técnicas para a superação das colisões entre os princípios, no contexto da distinção entre regras e princípios apresentada por Ronald Dworkin.

O autor acrescenta que a constitucionalização do direito privado ensejou a irradiação dos valores constitucionais sobre o sistema civil, provocando uma releitura das situações jurídicas reais em favor da “repersonalização do direito” (NAZARÉ, 2016, p. 35).

De acordo com o artigo 1228 do Código Civil (CC) (BRASIL, [2002]), o proprietário possui a faculdade de “usar, gozar e dispor da coisa”, além do direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou a detenha. Por outro lado, as faculdades que constam do artigo anteriormente mencionado, devem observar os denominados “direitos de vizinhança” que proíbem o uso anormal da propriedade.

Conforme salienta Venosa (2003, p. 330):

É inevitável que no exercício do direito de propriedade, por mais amplo que seja seu âmbito, há restrições e limitações fundadas em interesses de ordem pública e de ordem privada. A coexistência de vários prédios próximos, a vizinhança, a coletividade, a disciplina urbana traduzem parte dessas restrições.

Nesse sentido, o artigo 1277 do CC estabelece que “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”.

No escólio de Venosa (2003, p. 330), as regras de vizinhança têm por finalidade harmonizar a vida em sociedade e o bem-estar, sem abandonar as finalidades do direito de propriedade, atingindo não apenas o proprietário, mas todos que tenham relação direta com o bem imóvel, possuidores, detentores e usuários em geral, competindo as ações decorrentes dos direitos de vizinhança ao proprietário, locatário, usufrutuário e de uma forma geral, a todo aquele que possui, detém ou utiliza o imóvel, surgindo o seu direito da qualidade de vizinho e não da de proprietário.

Se em tempos de “normalidade” já se vislumbra como inevitável a imposição de restrições e limitações ao direito de propriedade, o que dizer então do atual momento vivido pelo mundo com a grave crise provocada pelo novo coronavírus?

3 POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE

Conforme se observa, é possível que ocorram colisões entre o direito fundamental de propriedade e os denominados direitos de vizinhança, sendo possível a limitação de direitos fundamentais, considerando que não existem garantias ou direitos absolutos no nosso

ordenamento jurídico, podendo ser adotadas medidas que restrinjam as prerrogativas individuais ou coletivas.

Miranda (2018, p. 152-153) assenta que os direitos fundamentais como direitos em face do Estado, devem ser sempre considerados relativos, ocorrendo o mesmo com os direitos fundamentais que vinculam os particulares, já que independentemente do alcance da eficácia, não podem ser convertidos em absolutos, por se tratar de uma eficácia derivada ou colateral.

Segundo Canotilho (2003, p. 1294-1295) o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objetivas é efetivado no direito privado por meio das suas próprias regras, mas os direitos, liberdades e garantias independentemente do caráter público ou privado, constituem atualmente direitos subjetivos, sendo possível se valer dos direitos subjetivos públicos no direito civil, desde que a defesa desses direitos demande a aplicação de princípios constitucionais materiais, com a proporcionalidade.

No entanto, não existe disposição expressa na CF/88 para solucionar eventual colisão de direitos fundamentais, ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos que dispõem expressamente sobre esse tipo de limitação, a exemplo do artigo art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949, que dispõe que “em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência”; da Constituição portuguesa de 1976 em seu art. 18º, n. 3; ou, ainda, a Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1.

Na lição de Mendes (1998, p. 34) as restrições aos direitos fundamentais, mesmo quando estipuladas pelo legislador, deve ser limitada pelo denominado “limites dos limites” (Schranken-Schranken), que é decorrência da necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, devendo ser observada a proporcionalidade dessas restrições.

Miranda (2018, p. 323) assevera que o ideia de proporcionalidade é conatural às relações pessoais, devendo a reação ser proporcional à ação e a distribuição das coisas, fazendo-se justiça, sendo conatural ao direito e à justiça. O autor consigna que o apelo à proporcionalidade surge quando existem dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização, estejam ou não em conflito, devendo ser buscado o equilíbrio, a harmonização, a ponderação e a concordância prática (MIRANDA, 2018, p. 325).

Ferreira (2009, p. 155) aponta que há controvérsia na doutrina com relação ao princípio da proporcionalidade “existindo quatro posições sobre seu fundamento: (i) no

Estado de Direito; (ii) no princípio do devido processo legal material; (iii) no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição; e (iv) na estrutura dos direitos fundamentais”.

Nesse sentido, no julgamento da ADI 855 (BRASIL, 2008), o Ministro Moreira Alves destacou que desde a CF/88 o princípio da proporcionalidade decorre do devido processo legal material.

De acordo com Barroso (2001, p. 214) o devido processo legal substantivo ou material tem o objetivo de controlar o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público, procedendo “ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”.

Sobre o princípio do devido processo legal em sentido material Netto (2000) ensina que:

A Constituição indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade das Leis com conteúdo arbitrário e desarrazoado, como forma de limitar a conduta do legislador.

Lei que não atinge um fim legítimo é inválida, como tal devendo ser declarada, por força da garantia constitucional em exame.

Na atualidade, o texto da Lei ou ato governamental será preservado pela Suprema Corte, até que nenhum posicionamento razoavelmente concebível possa estabelecer uma relação entre a regulamentação contestada e um fim legítimo do governo.

Fato é que o entendimento atual do devido processo legal substantivo permite o controle de atos normativos disciplinadores de liberdades individuais até mesmo “não econômicas”. Este princípio, em sua concepção substantiva, é fonte inesgotável de criatividade hermenêutica, transformando-se numa mistura entre os princípios da “legalidade” e “razoabilidade” para o controle dos atos editados pelo Executivo e Legislativo.

Dimoulis e Martins (2007, p. 191) afirmam que a proporcionalidade deve ser concebida como um elemento disciplinador que limita a competência constitucional dos órgãos estatais e restringe a proteção de direitos fundamentais. Em seu voto no IF 2.257 (BRASIL, 2003b), o Ministro Gilmar Mendes pontuou que:

[...] a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito [...], há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Do julgado acima mencionado, observa-se que princípio da proporcionalidade é composto por três elementos, a saber: a) adequação – a medida adotada “deve ser apta para promover o fim visado pelo ordenamento, ainda que não seja atingido” (FERREIRA, 2009, p. 157); b) necessidade – que “diz respeito à escolha dos meios menos gravosos ou mais suaves para alcançar o valor desejado” (FERREIRA, 2009, p. 158); c) proporcionalidade em sentido estrito – ponderação entre o grau de restrição de um princípio e o de realização do princípio contraposto (BRASIL, 2003).

A proporcionalidade em sentido estrito constitui o mais controverso dos subprincípios da proporcionalidade e, de acordo com Martins (2012, p. 148), apresenta grande subjetividade, considerando que a ponderação em sentido estrito pode ensejar decisões de cunho político em detrimento do aspecto jurídico.

Nesse sentido, o autor (MARTINS, 2012, p. 148) destaca que a proporcionalidade em sentido estrito deveria ser utilizada apenas pelo Legislativo, diante da legitimidade democrática e constitucional da sua atividade. Silva (2002, p. 33) afirma que a razoabilidade “corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação”.

Em que pese a relevante discussão no plano acadêmico, destaca-se que o STF não costuma distinguir proporcionalidade e razoabilidade, sendo abundante a jurisprudência que faz referência a um ou ao outro princípio nas questões constitucionais apreciadas pelo Pretório Excelso, nesse sentido: (BRASIL, 2008; 1994; 2003a; 2001), por exemplo.

De qualquer forma, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade (para quem considere não haver distinção) constitui verdadeiro parâmetro de controle da constitucionalidade material, devendo ser obrigatoriamente observado pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no exercício das suas atribuições.

4 LIMITAÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE NOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

O CC denomina como condomínio edilício as edificações que apresentam partes de propriedade exclusiva e outras partes de propriedade comum dos condôminos (art. 1.331 do CC).

Conforme destaca Machado (2013, p. 26), o instituto já foi conhecido como “condomínio em edificações”, seguindo denominação trazida pela Lei 4.591/64, existindo inúmeras outras denominações.

O mesmo autor (MACHADO, 2013, p. 27) observa que o termo “condomínio edilício” foi importado do direito italiano por Miguel Reale, tendo origem na expressão do latim *aedilici*, designando o magistrado que detinha a atribuição de fiscalizar as construções públicas e particulares.

O instituto apresenta enorme importância nos dias atuais, tendo em vista que uma grande quantidade de pessoas passou a viver nos chamados condomínios horizontais ou verticais, por razões de comodidade e/ou segurança.

Nos condomínios edilícios, os condôminos possuem direitos e deveres que devem ser observados para a boa convivência social. O artigo 1336, IV do CC, por exemplo, estabelece que o condômino não pode usar a sua edificação de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores.

O artigo 1.337, do mesmo diploma legal, prevê a possibilidade da imposição de multa de até o quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais ao condômino ou possuidor que descumprir, reiteradamente, os seus deveres perante o condomínio. No caso de reiteração de comportamento anti-social que gerar incompatibilidade de convivência, o CC permite a imposição de multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais (art. 1.337, parágrafo único).

Além dessas medidas, em situações excepcionais, quando a sanção pecuniária se mostrar ineficaz, o enunciado n. 508, da V Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2012), consigna que é possível a exclusão do condômino antissocial, desde na assembleia prevista na parte final do parágrafo único, do artigo 1.337 do CC, seja deliberada a propositura de ação judicial para esse fim, observando-se o devido processo legal.

Nesse sentido, destaca-se interessante julgado do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) (PARANÁ, 2012) que confirmou, em sede de apelação, sentença proferida pelo primeiro grau de jurisdição que determinou que o proprietário de um apartamento se abstenha de usar/habitar a sua unidade no prédio.

O acórdão destacou que o proprietário do imóvel apresentou “conduta antissocial contumaz reiterada”, com graves indícios do cometimento de crimes contra a liberdade sexual e redução à condição análoga a escravo, com o aliciamento de candidatas ao cargo de

empregada doméstica mediante o oferecimento de salários acima dos geralmente pagos pelo mercado, não tendo sido suficientes para cessar as condutas antissociais do condômino as notificações encaminhadas e a aplicação da multa correspondente ao décuplo do valor da cota mensal condominial.

Assentou-se no mencionado acórdão que a exclusão do condômino antissocial não esvazia o seu direito de propriedade, restringindo apenas o seu direito de moradia naquele apartamento, mantendo-se a titularidade e o poder de disposição sobre o imóvel.

Desta forma, verifica-se que em casos graves e excepcionais é admitida a imposição de severas limitações ao direito fundamental de propriedade, surgindo dúvidas com relação às medidas que podem ser impostas aos condôminos durante o período de pandemia provocada pelo novo coronavírus, com o surgimento de decisões recentes sobre o tema que, por vezes, sugerem a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e outras que afetam de forma mais gravosa o direito fundamental de propriedade.

Nessa perspectiva, em 23 de julho de 2020, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) (SÃO PAULO, 2020b) apreciou um agravo de instrumento interposto por um casal de condôminos que havia iniciado uma obra de design de interiores no seu apartamento em novembro de 2019, com a aprovação do condomínio que, em razão da pandemia, autorizou a continuidade da obra com a limitação diário do ingresso de apenas um prestador de serviços. O casal ajuizou ação pleiteando a continuidade das obras com a liberação de cinco prestadores de serviço, sustentando que durante as obras tiveram que se instalar na casa dos genitores da autora e contrataram um guarda móveis, cujo valor mensal é significativo; que a autora está grávida; e que em um condomínio com 54 unidades de apartamentos, contando somente com 02 destas em obras, a liberação de cinco prestadores de serviço não comprometeria a segurança do condomínio, tendo sido indeferido o pedido de antecipação de tutela no primeiro grau.

A decisão foi mantida pelo TJSP, sob a fundamentação de que o direito de propriedade não é absoluto, especialmente em se tratando de condomínios, não podendo o direito de propriedade ser exercido com prejuízo aos demais condôminos, prevalecendo a proteção ao direito à vida e à saúde coletiva dos moradores sobre os interesses individuais dos autores da ação, sendo evidente que o aumento na circulação e aglomeração de pessoas no local eleva sobremaneira o risco de contágio dentro do condomínio, com desrespeito às regras

de quarentena ditadas por autoridades públicas ainda prevalentes, em conformidade com orientações da OMS.

Em outro agravo de instrumento no qual a primeira instância deferiu a liminar e determinou ao condomínio que franqueasse a entrada dos prestadores de serviços contratados pelo condômino para realização da reforma em sua unidade (apartamento), o condomínio agravou e o TJSP (SÃO PAULO, 2020a) reformou a decisão sustentando que não se tratava de obra emergencial e que ainda não havia se findando o período da locação do imóvel que o condômino alugou para aguardar a conclusão das obras na sua unidade.

Adotando entendimento diverso, o mesmo TJSP (SÃO PAULO, 2020c) reformou decisão de primeiro grau que indeferiu pedido de tutela de urgência que visava a ampliação do horário de reforma em apartamento. O TJSP entendeu que a limitação a duas horas diárias, de segundo à quinta-feira, imposta pelo condomínio para a execução de obras não se revestiu de razoabilidade e deferiu a liminar para autorizar a execução das obras no imóvel em horário ampliado, das 10:00 às 16:00 horas.

A 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos da Comarca de Goiânia (GOIÁS, 2020) proferiu interessante decisão autorizando a flexibilização do uso das áreas comuns de um condomínio que sustentou que possuía uma enorme e variada área de lazer e esportes, que desde o início da pandemia estava tomando todas as medidas exigidas pelas autoridades fiscais e orientações da OMS e que, no seu caso específico, não se justificava a determinação municipal de suspensão do uso de áreas comuns nos condomínios imposta pelo artigo 3º, I do Decreto municipal 9.653/2020.

A juíza do caso destacou que pela proposta apresentada pelo condomínio era razoável e que o uso desproporcional de medidas restritivas, como a interdição de áreas comuns do condomínio, utilizadas para a prática de esportes e lazer são essenciais à manutenção da boa saúde física e mental dos condôminos, com potencial para causar danos ainda maiores do que os que se busca evitar.

Conforme se observa, o tema é bastante atual e polêmico, carecendo de estudos mais aprofundados pela doutrina e academia, apresentado profundas divergências práticas e jurisprudenciais, especialmente diante da subjetividade verificada na análise dos casos concretos pelos nossos tribunais, justificando a crítica que a doutrina faz com relação ao subjetivismo conferido pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo antes da crise provocada pelo vírus Covid-19, o direito condominial era palco de muitas polêmicas teóricas e práticas, especialmente com relação à possibilidade de se impor e sobre quais seriam os limites de medidas que restringem o direito fundamental de propriedade dos condôminos.

A situação é bem mais complexa no cenário atual, diante da necessidade da imposição de inéditas e rigorosas medidas sanitárias, tendo sido observadas, nos últimos meses, decisões judiciais nos mais diversos sentidos, algumas limitando fortemente o direito de propriedade e outras se esforçando para a compatibilização dos direitos fundamentais em jogo, mas sempre com enorme dificuldade para a adoção de parâmetros objetivos.

Nessa perspectiva, destaca-se que a gravidade da situação vivenciada neste momento não afasta a necessidade de respeito ao ordenamento jurídico, especialmente do princípio da proporcionalidade, que decorre do devido processo legal material e, dessa forma, pode ser utilizado como parâmetro para o controle de constitucionalidade, devendo qualquer medida adotada pelos condomínios e pelo Poder Executivo, as normas aprovadas pelo Legislativo sobre a matéria e as decisões proferidas pelo Judiciário, ser baseadas em critérios claros e racionais, com sustentação na Constituição, observando-se a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, evitando-se o subjetivismo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 508**, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/577>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADC 9/DF**. Relatora para o Acórdão: Min. Ellen Gracie, j. 13.12.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI 855/PR**. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI 1.158 MC/AM**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 19.12.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI 2.579/ES**. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 21.08.2003a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão IF 2.257/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2003b.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2009.

GOIÁS. 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos da Comarca de Goiânia. **Decisão interlocutória no processo 5333234.29.2020.8.09.0051**. Juíza Jussara Cristina Oliveira Louza, j. 13.07.2020.

MACHADO, Bruno Mangini de Paula. **O Condomínio edilício e o condômino com reiterado comportamento antissocial**. 2013. 149 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-02122013-083142/publico/Bruno_Mangini_de_Paula_Machado_O_Condominio_Edificio_e_o_Condomino_com_Reiterado_Comportamento.pdf. Acesso em: 04 ago. 2020.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

NAZARÉ, Paulo Emílio Dantas. **O acesso à propriedade imobiliária na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2016. 117 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade

de Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/22079>. Acesso em: 04 ago. 2020.

NETTO, André L. Borges. A razoabilidade constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 12, mai. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1030/1014#>. Acesso em: 04 ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão Apelação 957.743**. Relator: Des. Arquelau Araujo Ribas, j. 13.12.2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2118874-12.2020.8.26.0000**. Relator: Des. Cesar Lacerda, j. 08.07.2020a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2121054-98.2020.8.26.0000**. Relator: Des. Jacob Valente, j. 23.07.2020b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2145856-63.2020.8.26.0000**. Relator: Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 24.07.2020c.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, [S.l.], n. 798, 2002, p. 23-50. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5.

Submetido em 10.08.2020

Aceito em 21.09.2020